

Dictamen nº: **574/13**
Consulta: **Alcalde de Zarzalejo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **27.11.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de noviembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Zarzalejo, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de gestión del servicio público de mantenimiento de las piscinas municipales, celebrado con P.F.G.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de octubre de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Zarzalejo, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 577/13, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la propuesta de

dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 27 de noviembre de 2013.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zarzalejo de 20 de junio de 2013 se adjudicó a P.F.G. el contrato de mantenimiento de la piscina municipal para la temporada 2013.

De acuerdo con la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que había de regir el contrato, la adjudicataria se comprometía a prestar una serie de servicios: puesta a punto y mantenimiento de la estación depuradora, control y tratamiento del agua de los vasos de las piscinas, provisión de los socorristas reglamentarios, establecimiento e impartición, en su caso, de los cursos de natación, cobro de las entradas al recinto, limpieza diaria de papeleras y del entorno de las piscinas diariamente, fumigaciones, tramitación y presentación de la documentación necesaria para la gestión del funcionamiento en el área VI, así como suscripción de una póliza de responsabilidad civil por importe de 305.000 euros.

2. El contrato se formalizó el día 20 de junio de 2013. En virtud del mismo, la contratista se comprometía a efectuar el mantenimiento de las piscinas públicas de Zarzalejo abonando un canon de explotación de 9.898 euros (nueve mil ochocientos noventa y ocho euros). Se establece la duración del contrato en el periodo comprendido entre día 22 de junio y el 31 de agosto de 2013 (Documento nº 2).

3. El 24 de junio de 2013 el alcalde de Zarzalejo dirige un escrito a la adjudicataria denunciando las irregularidades cometidas en la apertura de las instalaciones el día 22 anterior así como la falta de limpieza de los vasos

y filtros de la piscina, y conminándola a cumplir con sus obligaciones, bajo el apercibimiento de la adopción de medidas en caso contrario.

4. El día 4 de julio de 2013 la concejala de Hacienda del Ayuntamiento y encargada del seguimiento del contrato, informa que se personó en las instalaciones de la piscina municipal el día 1 de julio sobre las 19:15 horas, al objeto de controlar el funcionamiento del servicio y la recogida semanal de entradas, observando que la adjudicataria había recogido el material ausentándose de las instalaciones antes de la hora fijada en el contrato e incluso dejando la puerta abierta. Añade que las entradas se entregan sin fechar, con lo cual con el mismo ticket un mismo usuario puede entrar varios días.

Consta en la documentación examinada que este escrito fue comunicado a la adjudicataria, quien el día 5 de julio de 2013 presenta dos escritos en el Ayuntamiento de Zarzalejo en el que niega la veracidad de los hechos denunciados.

5. El día 10 de julio de 2013 la letrada del Ayuntamiento emite informe en el que se ponen de manifiesto una serie de incumplimientos del contrato por parte de la adjudicataria, como son, además de los anteriormente referidos, el incorrecto mantenimiento de la zona verde de las instalaciones, la inadecuada documentación del cobro de las entradas al recinto, la falta de control en la impartición de las clases de natación a niños, lo que habría provocado las quejas y reclamaciones de los padres. En virtud de los citados incumplimientos el informe señala que procedería la imposición de penalidades o la resolución del contrato.

6. Con fecha 12 de julio de 2013 la Junta de Gobierno Local, en base al informe jurídico, declara que los incumplimientos de la adjudicataria podrían ser motivo para la resolución del contrato y acuerda conferir a la contratista trámite de audiencia para la formulación de alegaciones.

7. Con fecha 17 de julio de 2013, la adjudicataria presenta un escrito en el que afirma que los hechos imputados son radicalmente falsos y que la propuesta de resolución no se ajusta a la legalidad vigente. También solicita la apertura de un periodo de prueba en el que presten declaración jurada un funcionario municipal, el teniente de alcalde, la concejal de Hacienda y de todos los usuarios que han emitido quejas, se aporten movimientos bancarios de la cuenta en la que se ingresan las cantidades cobradas a los usuarios y de la factura correspondiente al material de pintura empleado para la conservación de la piscina municipal, así como otros medios de prueba que señala serán aportados en su momento.

8. Consta en el expediente que mediante Resolución de 17 de julio de 2013 del alcalde de Zarzalejo se acordó la práctica de la prueba solicitada por la contratista con excepción de la declaración jurada de la totalidad de los usuarios del servicio de piscina que han emitido quejas, por considerarlas innecesarias habida cuenta de que la declaración jurada de los concejales ha de versar también sobre hecho.

9. Obran en los folios 38 a 40 del expediente las declaraciones juradas de un funcionario municipal, del teniente de alcalde y una concejal del Ayuntamiento en las que se incide en el incumplimiento del contrato por la adjudicataria. También consta una copia de los movimientos de una cuenta bancaria de la que es titular el Ayuntamiento relativos a ingresos efectuados por la contratista en concepto de “*entradas piscina*” y una factura expedida a nombre del Ayuntamiento relativa a la adquisición de pintura y otros materiales para la piscina.

10. Consta en el expediente que el día 17 de julio de 2013 se dio traslado a la contratista de la prueba practicada para que pudiera formular alegaciones en el plazo de un día.

11. Figura en el folio 59 del expediente un acta de inspección de 17 de julio de 2013 extendido por la Dirección General de Ordenación e Inspección de la Comunidad de Madrid en la que se manifiestan diversas irregularidades en las condiciones higiénico-sanitarias de la piscina: deterioro con desprendimientos y nivel de agente desinfectante inferior al exigido legalmente en el vaso de recreo y en el vaso infantil, con prohibición del baño en ambos vasos en tanto no se alcancen los valores exigidos; control de plagas defectuoso; operaciones de mantenimiento no registradas en el libro de control de piscina, como por ejemplo lavado de filtros.

12. El día 18 de julio de 2013 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento un documento firmado el 17 de julio de 2013 por varias personas que dicen ser usuarias de la piscina municipal en el que manifiestan el buen hacer profesional de la adjudicataria.

13. El día 19 de julio de 2013 la Junta de Gobierno Local declara resuelto el contrato en aplicación de las cláusulas 14, 18 y 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Señala que la resolución es inmediatamente ejecutiva desde el momento de la notificación a la contratista, quien deberá poner “*a total disposición del representante del Ayuntamiento de Zarzalejo la piscina municipal en el estado en que en ese momento se encuentre*”. Como efectos de la resolución se acuerda la incautación de la garantía definitiva y de la parte proporcional del canon contractualmente establecido devengado hasta la fecha de la resolución, hasta la determinación de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento.

Igualmente se acuerda dar traslado del expediente al Consejo Consultivo “*para su ratificación*”.

14. Figura en el expediente un escrito de notificación del acuerdo de resolución contractual escrito y firmado a mano por la contratista en la que

se indica “*recibí no conforme. Se hace entrega de llaves a las 20:38 h*” y también “*el próximo lunes 22-julio-2013 llevaré recaudación y entradas*”.

15. El día 4 de octubre de 2013 el alcalde de Zarzalejo firma la petición de dictamen al Consejo Consultivo para la ratificación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de julio de 2013 de resolución contractual.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“*1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos*

efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establecía que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El contrato se adjudicó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de junio de 2013, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en el TRLCSP. Igualmente en materia de procedimiento debe acomodarse a las prevenciones del citado texto refundido así como al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3 del TRLCSP.

La solicitud de dictamen por el alcalde de Zarzalejo se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del

Consejero competente en relaciones con la Administración local”), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*”.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Como hemos expuesto en la consideración anterior el apartado tercero de dicho artículo 211 dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En cuanto a los aspectos formales, se aprecian graves irregularidades en la tramitación del procedimiento de resolución contractual.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, si bien se dio audiencia a la contratista la cual, mediante escrito presentado en el Registro del Ayuntamiento de Zarzalejo el 17 de julio de 2013, manifestó su oposición a la resolución contractual proyectada, debe no obstante recordarse que el plazo para el cumplimiento del citado trámite es, de acuerdo con el artículo 109.1.a) del RGCP, de «*diez días naturales*», y en este caso se confirió a la contratista el escueto plazo de dos días para

formular alegaciones al inicio del procedimiento, después de emitido informe por la letrada del Ayuntamiento, y de un día, una vez practicada la prueba solicitada. Por otro lado, del expediente remitido no es posible conocer si la contratista constituyó la garantía mediante aval, pero si así hubiera sido debería haberse conferido audiencia al avalista en cuanto que se proponía la incautación de la garantía.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), deben incorporarse al expediente los informes de la Secretaría e Intervención Municipal. No consta en la documentación examinada que los citados informes hayan sido evacuados ni tan siquiera solicitados. Como hemos señalado en anteriores dictámenes de este Consejo Consultivo (así, Dictamen 373/11, de 6 de julio), la falta en el expediente administrativo de resolución contractual de esos informes constituye un vicio de anulabilidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJ-PAC, y, por tanto, susceptible de subsanación.

De acuerdo al citado artículo 211 del TRLCSP resulta preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista. En el presente procedimiento la Junta de Gobierno Local declaró resuelto el contrato el día 19 de julio de 2013 y acordó dar traslado del expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid “*para su ratificación*”, lo que se efectuó el día 4 de octubre de 2013 cuando el alcalde de Zarzalejo firma la petición de dictamen de este órgano consultivo.

Como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen 342/10, de 13 de octubre, “*los acuerdos de resolución de contratos tienen ejecutividad inmediata ex artículo 195.4 de la LCSP, y ponen fin al procedimiento*

en cuestión. Por ello, la petición de dictamen al presente Consejo, con carácter ulterior a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, no tiene acomodo en ninguna de las causas que el artículo 13 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del presente Organismo, contempla para la emisión de dictamen”.

En el citado Dictamen 342/10 concluimos que el procedimiento de resolución contractual adolecía de un vicio de nulidad radical al haberse solicitado el dictamen al Consejo Consultivo con posterioridad a la adopción del acuerdo.

En efecto, el artículo 62.1 de la LRJ-PAC, establece en su letra e) la nulidad de los actos administrativos “*dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”. En relación con esta causa de nulidad, es doctrina de este Consejo, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, limitar su aplicación a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y en los que se han omitido trámites esenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm.1966/2011) recuerda lo siguiente:

“*(...) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los trámites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008*

(recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)”.

Por lo que se refiere al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre destacó la esencialidad de la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado en cuanto supone en determinados casos “*una importante garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo*”.

Como tuvimos ocasión de señalar en el referido Dictamen 342/10, haciéndonos eco de la jurisprudencia y de la doctrina del Consejo de Estado,

“*La consulta al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente y la posterior emisión del correspondiente dictamen son trámites esenciales en aquellos procedimientos en los que la consulta es preceptiva. Esa esencialidad no deriva del eventual carácter vinculante del dictamen, sino de la posición relevante del órgano consultivo en la arquitectura institucional diseñada por la Constitución. En los casos en los que el dictamen no es vinculante, el parecer del Consejo no es determinante del contenido de la decisión que acabe tomándose, pero procesalmente es determinante para la adopción de la pertinente resolución administrativa. Es decir, cuando la consulta es preceptiva, el correspondiente dictamen es un trámite procesalmente esencial, por lo que su sola omisión equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.*

Lo mismo sucede cuando, siendo preceptiva la consulta al Consejo Consultivo, se dicta un acto sin recabarla y después se intenta subsanar el vicio solicitando tardíamente el correspondiente dictamen. Este es un informe determinante para la adopción del acuerdo municipal de resolución de un contrato, es un trámite esencial para dictar ese acto administrativo y, en consecuencia, su omisión equivale a dictarlo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)".

En este punto recordábamos la doctrina del Consejo de Estado que expresa con claridad por qué razón no puede convalidarse la omisión de la preceptiva consulta:

“el sentido de la consulta es ilustrar al órgano que debe adoptar la decisión, ilustración que sólo tiene sentido antes de que la resolución se adopte, y por ello, la omisión de la consulta no puede subsanarse mediante una consulta tardía, una consulta evacuada cuando ya se ha adoptado una decisión. Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1980, en la que se declara que la omisión de la consulta al Consejo de Estado no puede subsanarse debido a que “el informe omitido debe preceder las resoluciones administrativas que deben tener en cuenta su contenido antes de decidir”.

Conforme a lo expuesto, no cabe sino concluir que el acuerdo de resolución contractual de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zarzalejo de 19 de julio de 2013 adolece de un vicio de nulidad radical, al haberse adoptado prescindiendo de un trámite esencial cual es el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo y en consecuencia no es susceptible de convalidación al amparo de lo establecido en el artículo 67 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución contractual del contrato de gestión del servicio público de mantenimiento de las piscinas municipales celebrado con P.F.G., adolece de un vicio de nulidad radical, al haberse acordado la resolución contractual sin el previo dictamen de este órgano consultivo.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 27 de noviembre de 2013